

A Lei Complementar sobre o Sigilo Bancário (105/2001) e a sua Harmonia com o Ordenamento Constitucional Brasileiro e com as Novas Tendências do Cenário Internacional.

Rodrigo Araújo Ribeiro*

A Constituição da República Federativa do Brasil vigente, na linha da tradição estabelecida pela Constituição de 1891, separou as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos fundamentais reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa destes direitos, limitam o poder do Estado, e passou a conter uma réplica do *Bill of Rights*, assegurando “... aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (Art. 5º, *caput*, da CR/88)

Ocorre que o rol de incisos que deriva do art. 5º, *caput*, da Constituição da República, prescrevendo direitos e garantias invioláveis que foram construídos ao longo da história, é, destarte, posto como direito público subjetivo em face do Estado, voltado contra os poderes constituídos.

Pois bem, quando o povo, titular do Poder Constituinte Originário, resolve criar o Estado e conferir-lhe os poderes necessários ao exercício das atribuições que decide estabelecer, jamais pode entender-se que tenha consentido a ele, Estado, por seus órgãos, exercer esses mesmos poderes contra si, em detrimento de seus interesses, ou ferindo

o que este mesmo povo prescreveu serem seus direitos essenciais, postos como limite intransponível ao Estado.

Como não é raro, portanto, encontrar na mesma disposição constitucional a fixação de garantia erigida pelo Poder Constituinte, contendo também a declaração de um direito, o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, garante o sigilo de dados bancários e declara, concomitantemente, o direito à intimidade das comunicações pessoais, terminologia esta retirada do direito anglo-americano (*right of privacy*).

No que toca, contudo, ao direito à privacidade, quase sempre considerado como sinônimo de direito à intimidade, refere-se ao que é particular, em sentido lato, admitindo gradação segundo a melhor doutrina, estando a intimidade contida em ciclo menor, porque o privado é o abrangente e íntimo é o mais reservado. Segundo o italiano e doutrinador Adriano de Cupis a intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Abrange, portanto, neste sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo à correspondência, o segredo profissional e o sigilo de dados.

*Advogado e especialista em Direito de Empresa

Sendo, pois, correta e inigualável a lição do saudoso Professor Gerson de Britto Mello Boson, que considera o Direito como sendo “o conjunto de normas éticas que possibilita ao homem realizar todos os seus valores e instintos em sociedade”, estas normas éticas, objeto da ciência do Direito, por conseguinte, estão sempre impregnadas de valor. Este componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, aparece no mundo em linguagem prescritiva e experimenta variações de intensidade de norma para norma, de sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função de seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência no ordenamento jurídico.

Verifica-se, assim, diante de uma interpretação sistemática da Constituição da República, que na mesma medida em que o ordenamento constitucional garante a inviolabilidade da intimidade e vida privada, sem contudo definir de maneira clara os limites destes conceitos, igualmente chancela, em seu art. 145, § 1º, o direito de que dispõe a Administração Pública de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

Com efeito, diante das prescrições do texto constitucional, não raro ocorre a colisão de valores e interesses que, sem qualquer perplexidade, constituem a própria ideologia da Constituição que faz inspirar, isto sim, a vida em sociedade. O equacionamento deste conflito é que deve ser solucionado pelo cientista do Direito de forma a estabelecer a *paz jurídica*, o que requer uma ponderação dos interesses em questão que leve em consideração cada caso concreto.

Tendo em vista a doutrina comparada sobre o mesmo assunto, é sublime a lição do doutrinador português José Carlos Vieira de Andrade, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Livraria Almedina, 1987, p. 231/232, aqui reproduzido :

Estará em causa apenas um conflito entre o direito fundamental e outros valores comunitários, ou, mais correctamente, entre o direito e o modo como o legislador (democrático) perspectiva ou define certos valores da comunidade. De facto, estaremos normalmente perante formas ou situações típicas (não anômalas) de exercício dos direitos, de tal modo que não é correcto que a Constituição as não teve em vista ao formular a hipótese normativa. Só no caso concreto, em virtude da ocorrência de outras circunstâncias, é que esse exercício vai colidir com outros direitos ou valores, que podem exigir o sacrifício parcial ou total (restritivo) do direito.

A (relativa) falta de preceitos constitucionais que autorizem a restrição pela lei pode, contudo, ser colmatada pelo recurso à Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos termos do n. 2 do art. 16º. A Declaração, no seu art. 29, permite que o legislador estabeleça limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores aí enunciados: direitos e liberdades de outrem, justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática.

Logo, em relação ao chamado sigilo bancário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é analítica na indagação do respeito às prerrogativas constitucionais dos cidadãos, o que se tem efetuado no exame caso a caso. Não sendo, portanto, um direito

absoluto, intangível, deve ceder ao interesse público, como bem salienta a *Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal* que, por unanimidade, firmou o julgamento no *RE 219.780*, publicado no *DJ* de 10/09/99, tendo como relator o *Ministro Carlos Velloso*, *in verbis*:

Constitucional. Sigilo bancário: quebra. Administradora de cartões de crédito. CF, art. 5º, X.

I - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X, *não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça*, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com *observância de procedimento estabelecido em lei* e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que *a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional*.

II - RE não conhecido.

Verifica-se, por oportuno, conforme jurisprudência consolidada da Suprema Corte, que três são os requisitos para se permitir o rompimento do sigilo bancário, a saber: a existência de interesse público, social ou da justiça; previsão em lei; e a razoabilidade.

Deste modo, se é princípio universalmente assente que o interesse público sempre se sobrepõe ao interesse particular, registre-se que o devido processo legal firmado pela Lei Fundamental que rege a matéria (Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964) está obsoleta em face da sociedade civil para a qual foi elaborada. Com efeito, o sistema bancário, de lá para cá, já foi objeto de notável modernização mediante as chamadas operações eletrônicas que

movimentam, em curtos espaços de tempo, quantias astronômicas, dificultando a ação fiscalizadora e mesmo regulamentadora do poder público sobre os negócios jurídicos.

Não obstante isto, ao lado da modernização das operações bancárias, devemos registrar também o seu uso por aqueles que se organizam para praticar atividades ilícitas, dedicando-se contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro e tributário, o que impõe a necessidade de se aprovar uma legislação que permita um acesso mais amplo e mais ágil da Administração Pública sobre as informações atinentes às operações bancárias e similares, sem que haja, sempre e necessariamente, a interferência do Poder Judiciário na transferência destas informações.

Nesta mesma linha de raciocínio lógico, o que não se pode permitir é que, sob o manto da garantia constitucional da inviolabilidade de dados bancários, o cidadão contribuinte venha inibir a atividade fiscalizadora que é indispensável ao funcionamento do Estado.

Se a movimentação bancária ou o patrimônio de alguém gera nova relação de direitos com outros titulares, isto deixa de ser interesse de mera intimidade do cidadão. É o que se dá com quem utiliza cheque sem fundos, movimenta dinheiro para burlar a tributação ou para prejudicar credores, etc... Não se pode admitir que em nome de um direito público subjetivo, este mesmo cidadão possa prejudicar direito alheio. Não é possível, sob pena de subversão da concepção do Direito, admitir-se sigilo bancário absoluto, sob o pálio dos direitos da intimidade, quando se sabe que as operações bancárias são utilizadas para liquidar compromissos assumidos com terceiros e, não raro, lesar credores e burlar o fisco.

Logo, não restam dúvidas de que as regras morais se apresentam como limites implícitos dos direitos constitucionalmente assegurados, ora de forma a restringir seu exercício, ora de forma a dilatar a sua interpretação. Chega-se, portanto, à límpida conclusão de que o contribuinte honesto, moralmente cumpridor de suas obrigações para com o Fisco, agindo com lisura em todas as suas operações, nunca temerá a quebra do seu sigilo bancário.

Fortalecendo, ainda mais, o teor desta exposição, o insigne *Professor Sacha Calmon Navarro Coelho*, in *Caderno de Pesquisas Tributárias*, v. 18, que cuida do tema *Princípios Constitucionais Tributários*, Ed. Resenha Tributária, salienta, *in verbis* :

O *sigilo bancário* visa a preservar as pessoas físicas e jurídicas de intromissões indevidas tanto por parte de particulares como por parte das autoridades públicas. Não obstante, o *sigilo bancário* não é *Ab-soluto*, eis que diante do legítimo *Poder de Polícia do Estado*, como ocorre nos EEUU, na França, na Alemanha e na Inglaterra, países sabiamente democráticos e capitalistas, admite-se a sua relativização por fundados motivos de ordem pública, notadamente derivados de *Crime*, de um modo geral, e a evasão fiscal, omissiva e comissiva. Não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios da privacidade e do sigilo de dados, sem torná-los bastiões da criminalidade. De resto, reza a sabedoria popular que quem não deve não teme. A recíproca é verdadeira.

Assim, restringindo ou condicionando o exercício do direito à inviolabilidade de dados bancários à moralidade, notadamente nas ações do contribuinte em pagar os tributos, o que se busca, em verdade, ao limitar o direito à sua privacidade é priorizar o interesse da coletividade a despeito do particular interesse do cidadão imoral, dotando o Fisco de instrumentos eficazes no combate à evasão fiscal, que, no Brasil, como é notório, alcança a alarmante taxa de cinquenta por cento, ou seja, com R\$1,00 (um real) sonegado para R\$1,00 (um real) arrecadado.

Procurando evitar, portanto, a evasão fiscal, no vasto campo do direito comparado, observa-se acentuada tendência geral que aponta à limitação do sigilo bancário, no interesse da sociedade. Na França, por exemplo, o Código Geral de Impostos e outras leis permitem que os agentes fiscais franceses tenham acesso a documentos confidenciais em poder das empresas privadas, como bancos e estabelecimentos congêneres, sendo vedado, nos termos do art. 2.006, revelar a terceiros informações obtidas a respeito da situação patrimonial do contribuinte.

Verifica-se, também, que após a Conferência realizada no período de 12 a 15 de dezembro de 2000, em Palermo, na Itália, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, e, na mesma linha desta forte tendência que vem sendo observada, recomendou uma estreita colaboração entre os Estados, com medidas eficazes para estabelecer e melhorar os canais de comunicação entre as autoridades, órgãos e serviços competentes para facilitar um intercâmbio seguro e rápido de informações sobre todos os

aspectos, especificamente a quebra do sigilo bancário, impedindo, com isto, a *lavagem de dinheiro*.

Isto posto, presencia-se a marcante tendência mundial, quase unânime, ao acesso governamental direto a dados bancários, seja no campo do direito comparado, em países tradicionalmente ciosos da captação internacional de seu sistema bancário, seja em nações que devotam extremo cuidado ao direito à privacidade, como na Alemanha e Estados Unidos ou, ainda, diante do novo desafio representado pelo poderio da criminalidade transnacional. Conclui-se que tais países, impulsionados pelos organismos internacionais, adotaram providências eficazes a despeito de continuarem a respeitar e valorizar sobremaneira o direito à privacidade.

No Brasil, reprise-se, diante da desatualizada legislação sobre a quebra do sigilo bancário (Lei 4.595/64), da freqüente evasão fiscal e das mais variadas operações bancárias, objetos de tributação, tais como, por exemplo, o Imposto de Renda de aplicações financeiras – IR, Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, cujas atividades vinculadas e indelegáveis de verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, do cálculo do tributo devido, da identificação do contribuinte e da aplicação de penalidades competem, privativamente, à autoridade administrativa através do lançamento, houve, porque necessário, reformular, como em outros países, a legislação relativa à quebra do sigilo bancário.

Por isso, e em boa hora, entrou em vigência a Lei Complementar 105, publicada no *DOU* de 11/01/2001, que deu nova regula-

mentação ao devido processo legal de quebra do sigilo bancário.

Esta Lei Complementar 105/2001 teve como principal escopo concretizar, em nível infraconstitucional, os poderes conferidos pela segunda parte do § 1º do art. 145, da Constituição da República, que faculta à Administração tributária, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, rendimento e atividades econômicas do contribuinte.

Conforme prescrito no próprio texto constitucional, esta lei veio, nos estritos limites dos direitos e garantias conferidos pelo seu art. 5º e incisos, estabelecer um plexo de proteção ao contribuinte em face da quebra do sigilo bancário.

Com isto, verifica-se, conforme disposto nas hipóteses do § 4º do art. 1º desta lei complementar, que ocorrerá, tão-somente a transferência do sigilo, não impondo, portanto, um sacrifício ao núcleo essencial do direito à privacidade. Assim, nomeou exemplificativamente, os casos de terrorismo, tráfico de entorpecentes, contrabando de armas, extorsão mediante seqüestro, crime contra o Sistema Financeiro Nacional, contra a Administração Pública, a ordem tributária e a Previdência, crime de lavagem de dinheiro ou praticado por organização criminosa, hipóteses estas, como se observa, amplamente repetidas nas legislações de países com grande tradição constitucionalista e de respeito aos direitos fundamentais.

Prossegue, por seu turno, estabelecendo o devido processo legal administrativo, determinando em seu art. 6º, que as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas e depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Restringe, ainda, em seu parágrafo único, que as informações obtidas por intermédio de transferência de sigilo serão mantidas sob sigilo fiscal pelos agentes.

Prescreve, ainda, em seu art. 11, a responsabilização pessoal de servidor público que utilize ou viabilize a utilização de qualquer informação obtida em decorrência de

transferência de sigilo bancário, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública.

Nesta mesma linha razoável de quebra de sigilo bancário do cidadão, o Decreto 3.724, publicado no *DOU* de 11/01/2001, regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, e reforça o conjunto das garantias de preservação do sigilo de dados.

Não restam dúvidas que chega, em tempo e consonante com a tendência internacional, a nova disciplina relativa ao sigilo das operações de instituições financeiras que está concentrada, agora, na constitucional Lei Complementar 105, de 11 de janeiro de 2001.